

CONVEGNI

VINCENZO NICO D'ASCOLA

Giustizia penale e informazione giudiziaria: un nodo ancora irrisolto?*

Il tema della tutela della riservatezza di conversazioni o comunicazioni irrilevanti per le indagini o che riguardino soggetti a queste del tutto estranei costituisce una sorta di 'banco di prova' del tasso di civiltà del sistema penale. È per questa ragione che nel corso della XVII legislatura è stata approvata una complessa legge delega tra l'altro finalizzata ad impedire la divulgazione di notizie irrilevanti per le indagini penali, ma lesive dei diritti della persona. Consentendone però il recupero nel caso in cui, successivamente alla udienza stralcio, se ne fosse ravvisata l'utilità. La delega non è stata attuata dal Governo in carica ed è stata sostituita da un testo legislativo profondamente diverso.

Criminal justice and judicial information: a problem still unresolved?

The issue of protecting confidentiality of conversations or communications that are irrelevant to investigations to them constitutes a sort of 'test bed' of the civilization rate of the criminal system. It is for this reason that during XVII legislature a complex delegation law was approved, inter alia, aimed to preventing the disclosure of irrelevant information for criminal investigations, but detrimental to personal rights. However, allowing its recovery in the event that, after the hearing withdrawn, it is deemed useful. The delegation was not implemented by Government in office and was replaced by a profoundly different legislative text.

SOMMARIO: 1. Giustizia penale, informazione giudiziaria e i rischi di una "società punitiva". 2. Per un catalogo degli interessi in gioco. 3. La tutela sostanziale della riservatezza e il rilievo delle 'facoltà legittime'. 4. Selezione e trascrizione dei risultati intercettativi tra efficienza investigativa e tutela della riservatezza. 5. Il difficile contemperamento degli interessi nella c.d. procedura di acquisizione dei risultati delle intercettazioni. In particolare, sulla tutela delle facoltà difensive. 6. Il "Trojan" tra esigenze investigative e di contrasto e tutela della riservatezza: verso un principio di sussidiarietà/proporzionalità processuale?

1. *Giustizia penale, informazione giudiziaria e i rischi di una "società punitiva"*. Mai come nella materia riguardante i rapporti tra "giustizia penale e informazione giudiziaria" è apparsa così forte l'esigenza che il legislatore provveda a bilanciare accuratamente l'estesa congerie di beni coinvolti, prospettando soluzioni equilibrate e tecnicamente ben congegnate¹.

La necessità di proteggere il fascio d'interessi coinvolti dall'informazione giu-

* Testo della relazione, parzialmente rielaborata e corredata da note bibliografiche, svolta nell'ambito del convegno "Giustizia penale e informazione giudiziaria", tenutosi a Firenze il 15 dicembre 2017, in occasione del quale sono stati presentati i risultati della ricerca svolta dal Gruppo di lavoro del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze, coordinato dal prof. Francesco Palazzo, ora consultabili in *Diritto penale contemporaneo, Rivista trimestrale*, 3/2017.

¹ Si vedano, in particolare, PALAZZO, *Note sintetiche sul rapporto tra giustizia penale e informazione giudiziaria*, in *Diritto penale contemporaneo, Rivista trimestrale*, 3/2017, 139 ss.; MANES, *La "vittima" del "processo mediatico": misure di carattere rimediabile*, *ivi*, 114 ss.; ORLANDI, *La giustizia penale nel gioco di specchi dell'informazione*, *ivi*, 47 ss.; FERRARELLA, *Il "giro della morte": il giornalismo giudiziario tra prassi e norme*, *ivi*, 4 ss.

diziaria, che talvolta si esprime con manifestazioni esorbitanti, assieme alla constatata ineffettività del compendio di norme processuali, penali sostanziali, civili, deontologiche (idealmente) dirette a tutelare quegli interessi, ha reso necessario un intervento di riassetto normativo per una loro più efficace tutela.

Talvolta si ha l'impressione che alla 'razionalità' del procedimento, quale complesso di meccanismi e luoghi giuridici di cui l'ordinamento si munisce per la migliore gestione di tutte le situazioni giuridiche rilevanti e meritevoli di considerazione, si sostituisca l'irrazionalismo di una "società punitiva" che si avvarrebbe di ogni mezzo - giusto per riprendere l'intitolazione di una delle più importanti raccolte di seminari al College de France di Michel Foucault - i cui dispositivi sono nelle mani di soggetti anche in conflitto tra loro. Soggetti tuttavia frequentemente accomunati dall'interesse personale ad attivare conflitti sociali e politici, non soltanto in virtù della pretesa di gestire la destabilizzazione che ne deriva, ma anche per godere degli scontati vantaggi pubblicitari.

2. *Per un catalogo degli interessi in gioco.* Va da sé che nell'ottica di una buona legislazione che riguardi il tema delle intercettazioni, compresi il loro utilizzo e la loro custodia, occorre siano in primo luogo correttamente individuati, o per lo meno chiariti, gli interessi in gioco.

Da un lato - non vi è alcun dubbio - viene in rilievo la libertà di cronaca giudiziaria, anche per l'interessante collegamento con la previsione per cui la giustizia è amministrata in nome del Popolo; e più in generale comunque per il rilievo che il suo legittimo esercizio assume nella prospettiva della più ampia formazione della pubblica opinione e, di conseguenza, del consapevole esercizio, da parte della collettività, della 'sovranità' che la Costituzione gli attribuisce². Può aggiungersi, sulla scorta del più autorevole pensiero costituzionalistico che questa libertà costituzionali devono intendersi come "giunti

² PALAZZO, *Note sintetiche sul rapporto tra giustizia penale e informazione giudiziaria*, cit., p. 140 ove si osserva che «il collegamento con il principio democratico non sembra che possa avallare una 'mediazione' della stampa nel senso di un coinvolgimento emotivo del pubblico nella celebrazione dei singoli processi. Piuttosto, quel principio pone prima di tutto l'esigenza di un controllo democratico sull'amministrazione della giustizia e, in secondo luogo, l'esigenza di una partecipazione popolare alla politica della giustizia attraverso le forme della rappresentanza democratica: ma è evidente che la partecipazione alla politica della giustizia non è realizzabile senza un'accurata e puntuale informazione sulla realtà dell'amministrazione della giustizia».

elastici”³; esse tendono cioè ad una maggiore estensione quanto più si renda necessario, in rapporto allo specifico momento storico, il loro esercizio: nei tempi del ‘personalismo’ che governa l’odierna realtà politica, con la crisi dei partiti, pare fundamentalmente corretto che più ampia si faccia la possibilità di conoscere, nei limiti del possibile, il contenuto e l’esito del procedimento penale che riguardi questo o quel soggetto politico⁴.

Nel contempo - e di qui l’esigenza della ponderazione - emergono interessi confliggenti, di natura pubblica e di natura privata.

Da questo angolo visuale vengono in rilievo particolarmente l’interesse all’efficacia investigativa e, di qui, i profili di segretezza ‘interna’ ed ‘esterna’ degli atti che devono caratterizzare il procedimento penale.

Si tratta di profili strettamente connessi al più generale interesse al prestigio della Giustizia e alla fiducia nella giurisdizione e, in prospettiva, certamente collegabili anche alla conservazione del modello ‘accusatorio’ (con opportuno riferimento all’interesse alla “verginità” cognitiva e alla serenità di giudizio del giudice), con il risalto della presunzione di non colpevolezza quale principio che certamente impone di riportare la pubblicità del procedimento (e a maggior ragione, la pubblicazione degli atti) agli specifici ‘approdi’ processuali (si confronti, del resto, l’articolo 111 Costituzione quanto anche alle regole di formazione della prova).

In rapporto al modello di processo, con un netto profilo di autonomia, si colloca inoltre il diritto di difesa che è certamente e direttamente interessato dal tema che stiamo esaminando, in special modo, secondo quanto si vedrà, per gli aspetti che attengono la possibilità di consultare e comunque fare ricorso, nella ‘parità delle armi’, ai risultati delle attività di intercettazione.

Non meno consistente, infine, è l’esigenza della tutela di quelle posizioni giuridiche individuali (reputazione; riservatezza, immagine e identità) che possono far capo non solo ai soggetti coinvolti dal procedimento ma anche, e - forse - soprattutto, agli individui (o agli enti) estranei all’accertamento giudiziario.

Pur nella varietà davvero prismatica delle situazioni sostanziali che possono venire in rilievo nel contesto in esame, ci sembra che una sintesi possibile possa acquisirsi mediante la rappresentazione di quattro interessi fondamentali: a) la cronaca giudiziaria; b) l’efficienza investigativa e la segretezza

³ ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento italiano*, in *Riv. it. sc. soc.*, 1957, 72 ss.; FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957, 72 ss.

⁴ Per un’aggiornata riflessione in chiave penalistica, VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008, spec. 51 ss.

dell'indagine in rapporto al modello accusatorio del processo; c) il diritto di difesa; d) la sfera strettamente personale (immagine, riservatezza e reputazione in particolare) di coloro che da 'estranei' vengono "attratti" nella rete della intercettazione.

3. *La tutela sostanziale della riservatezza e il rilievo delle 'facoltà legittime'*. In che misura i più recenti sviluppi legislativi realizzano un efficace bilanciamento degli interessi sopra menzionati?

A noi sembra che possa darsi un giudizio positivo, pur non mancando - com'è del resto inevitabile - profili di miglioramento.

Significativo, in primo luogo, è l'inserimento nel codice penale di una nuova incriminazione, mediante l'introduzione dell'articolo 617-*septies*, che, com'è noto, attribuisce rilevanza penale alla diffusione di incontri o conversazioni riservate, registrate con mezzi insidiosi (ad esempio, microfoni o telecamere nascoste) e, quindi, fraudolentemente, allo scopo di recare nocimento all'altrui reputazione⁵.

La norma incriminatrice è stata concepita dal legislatore con particolare attenzione a far emergere elementi selettivi e, inoltre, con l'esplicito riconoscimento della prevalenza oggettiva, in funzione scriminante, delle situazioni incentrate sull'esercizio di facoltà legittime.

Al carattere fraudolento della captazione, e al fine specifico di recare danno all'altrui reputazione o immagine (qui davvero mostrandosi chiaramente l'inerenza dell'elemento del 'dolo specifico' alla dimensione offensiva del fatto) si aggiunge l'espressa rilevanza, con conseguente esclusione della punibilità, della utilizzazione nel procedimento amministrativo o giudiziario (potrebbe venire in rilievo l'uso che si faccia delle riprese o delle registrazioni per una contestazione disciplinare, nel rapporto di pubblico impiego, ovvero anche nel quadro di un'indagine penale, fermi restando - in quest'ultimo caso, va da sé - i distinti profili attinenti ai divieti probatori e alla conseguenti inutilizzabilità) ovvero per l'esercizio del diritto di difesa o del diritto di cronaca; quanto a questi ultimi diritti, naturalmente dovendo comunque considerarne l'operatività soltanto ove l'attività si confermi entro l'ambito che ne definisce il legittimo esercizio, secondo gli sviluppi della giurisprudenza (varranno dunque, quanto alla cronaca, i criteri dell'interesse pubblico e della continenza).

In qualche misura, si può dire che il legislatore recuperi la tecnica della 'illecità espressa', altrove e tradizionalmente indicata con il riferimento

⁵ BARTOLI, *Il nuovo delitto di diffusione di riprese e registrazioni fraudolente, previsto dall'art. 617-septies c.p.*, in *Media laws, Rivista di diritto dei media*, 2018, 1 ss.

all'assenza di una 'giusta causa', ma con varianti e, soprattutto, specificazioni decisive; a conferma della 'presa in carico', in questo caso, di un serio e compiuto bilanciamento di interessi.

4. *Selezione e trascrizione dei risultati intercettativi tra efficienza investigativa e tutela della riservatezza.* Il compendio delle norme processuali è senz'altro orientato a salvaguardare la riservatezza dei dati che possano essere raccolti nel corso delle attività di intercettazione, tenendo anche conto della efficienza investigativa da un lato e della tutela dei dati sensibili dall'altro. Oggi, com'è noto, la procedura assegna compiti distinti al giudice e al pubblico ministero, attribuendo particolare rilievo, da un lato alle decisioni del giudice sull'acquisizione dei risultati delle attività intercettative al fascicolo delle indagini, dall'altro ai termini della conservazione della documentazione.

Molte critiche - come si sa - sono state mosse a quello che sembra essere il rischio di una dispersione di elementi (a carico o a discarico) i quali potrebbero risultare utili, eventualmente in futuro (magari, semplicemente, perché bisognosi di essere incasellati in un contesto ancora lontano dall'essere interamente composto), per l'accusa ovvero per la difesa.

Nell'ottica del bilanciamento tra interessi connessi all'efficacia investigativa e interessi anche individuali di riservatezza va anche inquadrata la stessa esigenza di custodia della documentazione in un archivio riservato, con la previsione legislativa del segreto. E naturalmente la possibilità per gli interessati di chiedere la distruzione delle registrazioni che non siano state acquisite, come chiarisce lo stesso legislatore «a tutela della riservatezza».

5. *Il difficile contemperamento degli interessi nella c.d. procedura di acquisizione dei risultati delle intercettazioni. In particolare, sulla tutela delle facoltà difensive.* Molto si è detto, così come molto si è pure scritto, sulla disciplina proposta dallo schema di decreto legislativo in materia di intercettazioni; in particolare sulla procedura bifasica, che prevede il deposito delle conversazioni e delle comunicazioni, oltre che dei relativi atti, e la successiva acquisizione, a cui il giudice provvede sulla base di un contraddittorio soltanto di tipo cartolare (mentre vi è la possibilità, ove ritenuto necessario, di fissare l'udienza, con la partecipazione del pubblico ministero e dei soli difensori, per provvedere all'eventuale distruzione delle registrazioni non acquisite).

A noi pare che questa disciplina imponga alcune riflessioni sui termini in cui venga elaborato l'interesse all'esercizio effettivo del diritto di difesa.

Ad alcuni è apparso forse eccessivamente “stringato” il termine di dieci giorni previsto entro i quali i difensori possono richiedere l’acquisizione delle comunicazioni o conversazioni e dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche, rilevanti a fini di prova, non comprese nell’elenco formato dal pubblico ministero (ovvero l’eliminazione di quelle indicate come inutilizzabili o di cui sarebbe, secondo la proposta disciplina, vietata la trascrizione, anche sommaria, nel verbale).

Si tratta di un rilievo che in parte può essere condiviso, specie allorquando il materiale raccolto risulti molto esteso; tuttavia la scelta del legislatore delegato va valutata in rapporto alla specifica fase. E non va, per altro verso dimenticato, che il termine dovrà essere interpretato dalla giurisprudenza secondo criteri compatibili con l’esercizio effettivo del diritto di difesa (tenendo dunque conto, ad esempio, di eventuali legittimi impedimenti del difensore); il che può contribuire a stemperare, almeno sotto questo profilo, gli accenti forse eccessivamente severi della critica. D’altro canto, la legge processuale prevede attualmente la possibilità di ottenere una proroga in ragione della complessità del procedimento e del numero delle intercettazioni.

Semmai, in senso critico potrebbe essere valutata la scelta di ridimensionare, anche drasticamente, il diritto del difensore di copia dei verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate non solo per la fase successiva al deposito dei verbali e delle registrazioni a cura del pubblico ministero (secondo la disciplina di cui all’articolo 268-bis dello schema di decreto legislativo), ma soprattutto in sede cautelare.

Questa scelta si spiegherebbe con l’intento di realizzare una tutela più efficace del diritto alla riservatezza e ad avviso di molti, com’è noto, non costituirebbe una compressione del diritto di difesa, in quanto un dispositivo teso ad impedire la diffusione del materiale intercettato sarebbe coerente con quanto statuito, in particolare, dalla Corte costituzionale con la nota sentenza n. 192/1997, secondo la quale al contenuto minimo del diritto di difesa ravvisabile nella conoscenza degli atti depositati dovrebbe accompagnarsi la facoltà di estrarne copia, *salvo che la legge disponga diversamente*.

Tuttavia questo indirizzo legislativo rischia di essere frettoloso e forse non del tutto convincente, per le seguenti sintetiche ragioni: a) in primo luogo non va dimenticato che la sentenza citata della Corte costituzionale è precedente alla riforma costituzionale dell’articolo 111, in ogni caso stabilendo detta pronuncia, in via generale, la facoltà di copia quale contenuto necessario del diritto di difesa; b) non v’è dubbio che lungi dal semplicemente agevolare la difesa, l’estrazione di copie, in moltissimi casi, rappresenti piuttosto la condizione

che rende possibile la stessa conoscenza dei contenuti salienti dell'indagine (e degli elementi, in sede cautelare, posti a base della misura); b.1) non va d'altro canto dimenticato che la procedura bifasica proposta dallo schema di decreto legislativo può realizzarsi anche oltre la fase delle indagini: ad esempio nell'udienza preliminare - ed infatti si prevede di aggiungere un comma all'articolo 422 - anche in rapporto ad un eventuale giudizio abbreviato; c) va ricordato che la necessità per il diritto di difesa di concretarsi anche nella possibilità di ottenere una copia è stata poi più recentemente ribadita dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 336 del 2008; d) infine, occorre osservare che la legge delega (comma 84, lettera a), n. 2) prevede per gli atti inutilizzabili ovvero non pertinenti o irrilevanti e non allegati alla richiesta di misura cautelare la facoltà di esame e non di prova, sì che, *a contrario*, dovrebbe ammettersi la facoltà di copia per le altre ipotesi.

6. *Il "Trojan" tra esigenze investigative e di contrasto e tutela della riservatezza: verso un principio di sussidiarietà/proporzionalità processuale?* La logica che ha ispirato il legislatore è sotto questo profilo estremamente chiara e certamente orientata a render chiari gli interessi prevalenti.

Con il limitare la disciplina "derogatoria", almeno per quanto riguarda i luoghi di cui all'articolo 614 del codice penale, soltanto a taluni gravissimi reati, si è voluto non tanto privilegiare una scelta di "convenienza investigativa" in senso assoluto; ritenendo invece di doverla agganciare soltanto alla ricerca di elementi di prova attinenti a fatti offensivi di beni particolarmente meritevoli di tutela.

Viene qui in rilievo *il tema della sussidiarietà e della proporzionalità ma in senso processuale* (del quale si trova conferma anche in sede europea: basti pensare che la direttiva sull'ordine di indagine europeo prevede, tra le condizioni della sua emissione, che detto ordine "sia necessario e proporzionato ai fini del procedimento, tenendo conto dei diritti della persona sottoposta ad indagini o imputata"); individuando il legislatore il più stretto ritaglio di ipotesi in relazione alle quali può farsi ricorso agli strumenti maggiormente invasivi.

Ne rappresenta un'ulteriore conferma anche la prescrizione, contenuta sempre nella legge delega, di prevedere l'utilizzazione dei risultati intercettativi ai fini di prova soltanto dei reati oggetto del provvedimento autorizzativo ed eventualmente in procedimenti diversi a condizione che siano indispensabili per l'accertamento dei delitti di cui all'articolo 380 del codice di procedura penale; volendo così limitarsi fortemente la possibile estensione nell'utilizzo degli elementi acquisiti mediante il captatore informatico, come avviene inve-

ce nelle “ordinarie” intercettazioni attraverso la giurisprudenza che valorizza, com'è noto, il criterio della connessione tra reati.

La disciplina si raccorda comunque alla logica generale dell'intervento, quanto in particolare alla tutela del diritto di riservatezza concepita anche come tutela delle posizioni riconducibili a chi venga semplicemente captato in quanto intrattenga rapporti con il soggetto indagato; ed infatti è ancora la legge delega a prevedere che non possano essere in alcun modo conoscibili, divulgabili e pubblicabili i risultati di intercettazioni che abbiano coinvolto occasionalmente soggetti estranei ai fatti per cui si procede. Sembra qui che la tutela rafforzata della riservatezza discenda dalla indeterminatezza dei soggetti destinatari delle intercettazioni, in ragione della natura mobile dello strumento che le esegue.

D'altro canto, in un senso teso prevalentemente a rafforzare le esigenze connesse alla tutela penale e all'esercizio della potestà punitiva, con le necessità investigative collegate, va letto il recente intervento, forse stimolato da un senso di 'ipertutela' di particolari beni a rilievo collettivo, secondo cui l'intercettazione di comunicazioni tra presenti è sempre consentita nei procedimenti penali per i delitti di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, e per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, quando al di sopra di una soglia di pena, determinata alla stregua della norma processuale di riferimento.